

# 物权制度设计现代化的几点思考<sup>\*</sup>

## ——以葡萄牙民法为视角

张礼洪

**内容提要:**葡萄牙法是大陆法系的重要组成部分之一,由于历史传统与语言文化的独特性,其民事法律制度也独具特色,对其他国家民事法律制度的现代化具有重要的借鉴意义。因此,我国亦有必要对其进行深入研究。参考葡萄牙民法,我国物权制度设计思维应以所有制归属为主线逐步转移到以考虑行为人主观是否善意为主线;淡化所有权归属,强化占有的法律保护;并应奉行合意主义为原则,交付主义为例外,登记只产生对抗善意第三人的效力的物权变动规则;在不动产物权交易中,应将不动产买卖分为预约合同和最终买卖合同两个阶段,并以公证的形式辅助建立良性的、以保护诚信为核心的不动产物权变动制度。申言之,我国民事立法目前最为核心和紧迫的任务实则为如何建立和维护诚信价值观。

**关键词:**物权制度 葡萄牙民法 澳门特别行政区民法 诚信价值观 物权变动

张礼洪,华东政法大学教授、罗马法和欧洲法研究中心主任。

## 一 前 言

在大陆法系中,由于葡萄牙及其殖民地在历史传统和语言文化的独特性,形成了独具特色的葡萄牙语区法律体系(主要包括葡萄牙、巴西、莫桑比克和我国澳门特别行政区等国家和地区的法律制度)。我国一向比较重视大陆法系中德国和法国的法律制度研究,而对葡萄牙法律制度的研究却比较缺乏。实际上,从现实和历史意义考察,研究葡萄牙区法律,特别是其民事法律制度对我国大陆有非常特殊的重大的意义,主要原因有二:

其一,作为中西方法律文化交流窗口和中国特别行政区的澳门的法律制度几乎全部继承了葡萄牙法律,而我国大陆民法和葡萄牙民法均属大陆法系,均以罗马法为基础,在法律

<sup>\*</sup> 本文为国家社科基金项目“民法典分解现象和中国民法典制定研究”(项目编号 10BFX059)和上海市教委第五期重点学科“民法与知识产权”(编号 J51104)的阶段性研究成果。

制度建构和术语的使用方面都具有不可争议的相同性,这种共同的历史基础,使得中国民法学界可以通过学习澳门特区民法进而获取葡萄牙民法和欧洲大陆民法的先进制度和理论。中文和葡萄牙文同为澳门特区官方语言,这使得相对于德国民法、法国民法而言,通过学习葡萄牙民法而获取大陆法系民事法律制度的先进经验变得更为直接、便捷和有效。同时,葡萄牙民法体系的科学性和民法学研究水平也具有不可争议的先进性。

其二,先进的法律制度是否可以移植到中国需考虑其是否与中国历史文化背景相冲突,从法律移植角度考察,澳门特区实际上是葡萄牙语区(更广泛意义上说,是欧洲大陆法系)法律制度在中国的实验田,我们可以通过澳门特区这块试验田,检验来自于欧洲大陆的法律制度和理论是否与中华固有法律文化相符合,进而确定这些大陆法系的先进民事法律制度是否可以进一步在我国大陆有效地实施。从法律移植的有效性上看,对于我国大陆而言,没有任何一个大陆法系国家的民法具备葡萄牙民法这样的现实上的可实验性和可检测性。

我国目前的民事法律制度还处于尚未完全成型的发展阶段。众所周知,我国还没有完成制定民法典的宏伟目标。目前我国的民法制度是一个以1986年颁布的《民法通则》为核心,众多民事单行法为主体,辅以最高人民法院和各省高级人民法院的司法解释及案例指导制度的独特法律制度。社会主义法律体系只是初步成型,离健全的社会主义法律制度的建立还差距很远。在笔者看来,就科学的民事法律制度的建立而言,当前最重要和最紧迫的是科学的民法学理论体系的建立,而非制定民法典。只有在成熟、先进的民法学体系的指导之下,才可能建立、健全科学的民事法律制度。<sup>[1]</sup> 在中国民法发展的这样一个重要的历史发展时期,学习先进和成熟的葡萄牙民法,特别是其先进的民法理论和体系,对中国科学民事法律制度的建立毫无疑问具有重大的现实意义。本文将结合《葡萄牙民法典》的规定,对葡萄牙(同时也对我国澳门特别行政区)的物权制度的一些特点和先进性做一简要分析,具体揭示葡萄牙民法对中国物权制度现代化的重大价值。<sup>[2]</sup>

## 二 中国物权制度存在的主要问题及葡萄牙制度的主要借鉴价值

我国对一些重要的传统大陆法系民法的物权制度,如先占、添附、地上权、时效取得等缺乏相应的规定。我国学界已对引入这些制度的正当性多有讨论,毫无疑问,《葡萄牙民法典》和《澳门民法典》的相关规定可以为引入我国大陆物权立法中欠缺的这些制度提供有益的参考。但是这些问题不构成本文研究的对象,本文主要从物权体系设计和理论构建方面分析我国大陆现有的物权制度存在的重大缺陷,研究葡萄牙和澳门特区物权制度对这些问题解决可提供的借鉴价值。

[1] 参见张礼洪:《民法典的分解现象和中国民法典的制定》,载《法学》2006年第12期。

[2] 本文所参照的主要为《葡萄牙民法典》的葡萄牙文版本,网址为<http://www.portolegal.com/CodigoCivil.html>,2011年9月12日最后访问。同时参照了《葡萄牙民法典》中文译文-唐晓晴译:《葡萄牙民法典》,北京大学出版社2009年版。需要特别说明的是,1999年颁布的《澳门民法典》主要内容几乎全盘来源于1966年的《葡萄牙民法典》,1966年《葡萄牙民法典》和1999年《澳门民法典》在条文上的对应关系和细微差别详见:[http://images.io.gov.mo/bo/i/99/31/CodCiv\\_IndCor\\_cn.pdf](http://images.io.gov.mo/bo/i/99/31/CodCiv_IndCor_cn.pdf),2011年12月25日最后访问。《澳门民法典》的中文译本为赵秉志主编:《澳门民法典》,中国人民大学出版社,1999年版。其官方译本见:<http://bo.io.gov.mo/bo/i/99/31/codciven/codciv1201.asp>,2011年12月10日最后访问。

我国大陆目前的物权制度在体系设计和指导观念上存在以下三个方面的问题:第一,强调以所有制形式不同来设计物权制度;第二,突出强调所有权的归属,忽视占有的法律保护;第三,对物权无因性理论存在模糊认识,在物权变动中过分强调动产交付主义和不动产登记,忽视合意主义的重要性。笔者认为,葡萄牙和澳门地区的相关物权规定对这些问题的解决极具借鉴价值,<sup>[3]</sup>可以遵循如下思路来解决这些问题:

### (一) 物权制度的设计思维应以考虑行为人主观是否善意为主线

受意识形态的影响,我国大陆物权制度一贯坚持所有制的不同,将所有权分为国家所有权、集体所有权和私人所有权,尤其强调对国家所有权的保护。在我国大陆,国家所有权的特殊保护具体表现在以下几个方面:

第一,属国家所有权的财产所产生的利益归国家所有,但是如果国家财产造成了他人损害,在绝大多数情况下,均由受害人自行承担。在大多数情况下,国家作为法律主体不因其为所有权人而对归其所有的财产造成的损失给予赔偿。比如,国有动植物资源造成他人损害国家从未给予赔偿,我国大陆的土地、水、海域等自然资源造成他人损害,如果作为使用这些自然资源的使用人有过失则由这些使用人承担赔偿责任,如果他们没有过失,尽管这些自然资源为国家所有,但是国家作为法律主体不会由于其为所有权人而承担赔偿责任。<sup>[4]</sup>

第二,我国大陆并未规定先占制度,根据《物权法》第 113 条、《民法通则》第 79 条和《民事诉讼法》第 175 条的规定,一切无主物(包括无人认领的遗失物)或者无人继承的财产均归国家所有。在立法上,除国家以外的其他任何法律主体均不可以取得这些财产,然而,在实际生活中,却并非如此。国家从未主张垃圾为其所有,而是私人实行垃圾先占制度。在司法实践中,抛弃物也实行先占制度。而且,即便国家取得了这些无主财产的所有权,对无主财产造成他人的损害,不因为其为所有权人而承担赔偿责任。

第三,国有资源的物权变动较为简便,无需登记。与集体所有和私人所有的不动产不同,依法属于国家所有的自然资源,所有权可以不登记。国有自然资源的物权变动无需登记也可以发生效力(《物权法》第 9 条)。

第四,在刑事制度上,对国家财产给予特别保护。我国《刑法》第 270 条规定了非法侵占罪。根据该规定,所谓非法侵占罪是指以非法占有为目的,将他人交给自己保管的财物、遗忘物或者埋藏物非法占为己有,数额较大,拒不交还的行为。值得关注的是,在司法实践中,如果被侵占的国家财产或者国有控股的企业的财产,该侵占罪较易被认定,刑罚也较重。著名的许霆案就是个典型的例子,该案表明个人由于取款机故障侵占国有银行财物数额巨

[3] 葡萄牙物权制度不仅反映在《葡萄牙民法典》中,而且还反映在一系列的民事特别法中,其中特别重要的是 1983 年第 305 号立法令通过的,经过多次修改的(根据 2009 年 8 月 12 号第 185 号立法令做了最后一次修改)《葡萄牙不动产登记法》(Código do Registo Predial)和 1995 年 8 月 14 日第 207 号法令通过,2006 年做最后修改的《葡萄牙公证员法》(Código do notariado)。同样,澳门地区物权制度的法律规定也包括两部分,一是《澳门民法典》,二是以《澳门土地法》(即第 6/80/M 號法例)和上述原葡萄牙《不动产登记法》为核心的一系列关于土地管理的行政法规。澳门土地管理制度多借鉴欧洲大陆法系国家经验,也非常具有特色,但本文主要研究《澳门民法典》(也即《葡萄牙民法典》)规定的物权制度,对澳门土地的行政管理制度不过多论述。关于澳门物权制度和《澳门民法典》分离的状况,可参见 L. M. Urbano: *O sistema juridico-dominal de Macau*, 载于 *Repertorio do Direito de Macau* (葡文版), 澳门大学出版社 2007 年版, 第 491 页以下;唐晓晴:《澳门分层所有权制度论略》,载于 *Repertorio do Direito de Macau* (葡文版), 澳门大学出版社 2007 年版, 第 509-510 页。

[4] 我国大陆 2010 年 4 月 29 日修改了 1994 年颁布的《国家赔偿法》,但是新修改的《国家赔偿法》也没有规定国家应由于其为所有权人就国家财产对他人造成的损害承担赔偿责任。

大将被认定为侵占罪并被处以刑罚。<sup>[5]</sup>然而,在多次发生的国有银行收取了储户的存款,不慎造成该存款丢失(如由于网上银行安全系统出故障)或者少存钱款的情况下,国有银行或国有银行的负责人从未承担过刑事责任。

第五,较集体和私人财产而言,对国有财产的处分(无论是债权处分还是物权处分)受到严格的法律限制。我国大陆法律限制企业国有资产的转让,我国《企业国有资产法》中规定了相关内容。国有资产特殊保护还体现在公司法中。1993年颁布,2005年修订的《公司法》在第一章第三节专门规定了一人公司,规定一人公司的最低注册资本为10万元而且必须一次缴足,在公司登记文件应明确记载为一人公司,特别规定其股东应证明公司财产独立于股东自有财产,否则应对公司债务承担无限连带责任。但是,在国有独资公司中,尽管国家为唯一股东,但是不适用这些有关一人公司规定。而且立法者专门在《公司法》第一章第四节另行专门对国有独资公司给以特别保护,明确国有独资公司不承担无限连带责任。再比如,根据《土地管理法》和最高人民法院颁布的《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》的规定,与其他财产不同,国有土地所有权不得转让,国有土地使用权出让和转让必须依照法定程序进行,必须订立书面合同,而且土地使用权在登记时才设立。

第六,我国大陆物权制度侧重保护公有制所有权(包括国有所有权和集体所有权)还清楚地表现在《物权法》对用益物权和担保物权体系设计上。《物权法》规定了四类用益物权,即土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权和地役权。这四类用益物权中,前三类是涉及国有或者集体土地所有权的使用,并且如果欲设立地役权的土地上已经设立了土地承包经营权或者建设用地使用权,地役权的设立应经土地承包经营权人、建设用地使用权同意,而且必须与后两者一起转让和抵押(《物权法》第162-第168条)。需要指出的是,在司法实践中,地役权使用极少,往往被征收、征用或者相邻关系替代。在用益物权制度设计上没有采用传统民法的用益权概念、使用权或者居住权制度,由于实行物权法定原则,我国的物权制度几乎没有给私人不动产上设立用益物权留下任何空间。此外,《物权法》第184条规定不得在土地所有权、学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施上设立抵押权。

综上所述,目前我国大陆的物权制度基本上是围绕公有制的所有权保护和利用来设计的,没有也不可能对日渐增长的私人所有权及其利用给予如同国有所有权的同等保护。可以说,中国目前的以保护公有制所有权为核心设计的物权制度亟需转型。毫无疑问,国家和集体所有的财产有其特殊之处,在某些方面应当给以特殊保护,但是在物权法制度的总体设计上,应当抛弃以所有制归属设立物权制度的落后设计方式,而改用根据物权利害关系人对物权取得、处分或者对物的占有是否为善意来设计物权制度。

承续罗马法以来的大陆法系传统,葡萄牙和澳门特区民法没有对所有权是否为公有来设计物权制度而是充分考虑了物权取得或者处分人的主观善意来区别对待物权利害关系人。这一先进物权设计理念具体表现在:

第一,将占有分为善意占有和恶意占有(《葡萄牙民法典》第1258条,《澳门民法典》第

[5] 关于该案件刑法角度分析最为全面和深入的,参见陈兴良:《利用柜员机故障恶意取款行为之定性研究》,载《中外法学》2009年第1期。

1182 条),有依据的占有推定为善意占有,而无依据的占有推定为恶意占有(《葡萄牙民法典》第 1260 条,《澳门民法典》第 1184 条)。在葡萄牙民法和澳门特区民法中,善意占有和恶意占有的分类将产生如下不同的效力:

(1)在占有物毁损的情况下,善意占有人只在有过失时才对物的毁损或灭失承担赔偿责任,而恶意占有人除非可以证明即使该物为正当权利人占有也会灭失或毁损,否则均应承担赔偿责任,无论其是否有过错(《葡萄牙民法典》1269 条,《澳门民法典》第 1194 条)。此时,恶意占有人承担的是源自罗马法的对物的看管责任,其责任程度要远甚于善意占有人。

(2)根据孳息占有人是否为善意,孳息的取得规则也有所不同。具体而言,如果不知晓占有孳息会侵害他人权利,善意占有人所获得的天然孳息和在此之前获得的法定孳息均属善意占有人;一旦知道对孳息的占有侵害他人权利后,尽管善意开始丧失,但是,如果还存在有待收取的天然孳息,权利人还是要赔偿善意占有人因耕种、种子和原材料开支和生产开支,只要此类开支的金额不超过尚待收取的孳息的价值,此外,善意占有人在收取孳息前,在善意状态还存在的情况下将孳息转让给了他人,该转让不会受到影响,但是,从该转让中取得的利益在扣除上述生产费用开支后的部分应归权利人所有(《葡萄牙民法典》第 1279 条,《澳门民法典》第 1195 条);恶意占有人如果在占有终止之前取得了孳息,应当在扣除其为获取该孳息付出的生产费用后将孳息还给权利人,但是该孳息的价值应当按照一个谨慎的所有人所能获取的孳息价值来计算(《葡萄牙民法典》第 1280 条,《澳门民法典》第 1196 条)。

(3)尽管不分善意或者恶意,占有人均可以要求取回对占有物所做的必要和有益改善(《葡萄牙民法典》第 1273 条第 1 款,《澳门民法典》第 1198 条第 1 款),但是,对于奢侈改善,只要不会损害占有物,善意占有人有权取回奢侈改善物,而恶意占有人任何情况下均不得取回奢侈改善物(《葡萄牙民法典》第 1275 条,《澳门民法典》第 1200 条)。这些规定都直接来源于罗马法。<sup>[6]</sup>相比较而言,我国现有民事制度中没有根据善意占有还是恶意占有来区分是否可以取回奢侈改善物,而是在房产租赁的司法解释中做了非常含糊的规定,根本没有从理论上通过善意占有和恶意占有的区分来考察奢侈改善物是否应当取回。<sup>[7]</sup>

(4)善意占有和恶意占有最重要的区别还在于对取得时效的影响。尽管《葡萄牙民法典》和《澳门民法典》均规定无论善意还是恶意,占有人均可时效取得动产和不动产。但是,根据这两部民法典的规定(《葡萄牙民法典》第 1294 条 - 1296 条,《澳门民法典》第 1219 条 - 1221 条)在不动产时效取得中,如有依据并且进行了登记,善意占有人自登记之日起占有持续 10 年将取得该不动产,而恶意占有人的取得时效为 15 年;如果没有依据,而只是登记了不动产时,善意占有的取得时效为自登记之日起持续占有 5 年,恶意占有的取得时效为 10 年;如果没有对不动产进行登记,善意占有人的取得时效为持续占有 15 年,而恶意占有的取得时效为持续占有 20 年。对于需经登记才可实行善意占有人的动产,在占有人已经登记的情况下,善意占有人的取得时效为持续占有 2 年,而恶意占有人却为持续占有 4 年;如果占有人没有登记,则不分善意和恶意,持续占有 10 年将取得该动产;对于不需要登记的动产,如果有依据并且是善意,取得时效为持续占有 3 年,否则其他任何情况下取得时效均为

[6] 参见《学说汇纂》的著名片断 D. 6. 1. 27. 5。M. Marrone, Istituzioni di diritto romano, Palermo, 2006, 230.

[7] 最为典型的表现 2009 年 9 月 1 号生效的《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》的有关规定(第 9 条至第 14 条)。

6年。

第二,在先占取得和对先占物造成的损害赔偿制度设计中,根据行为人主观上是否善意而区别对待。《葡萄牙民法典》第1320条规定:“在设有人工管理的特定围栏内生活的野生动物,投往属另一主人的围栏内生活时,如无法辨认,即归该人所有;如能辨认,动物之原主人得在不引致该人遭受损害之情况下将该动物取回。然而,如证明该动物系被有关围栏主人以诱骗方式或设计引入,则该人有义务将动物交还予原主人,不能交还时,则须支付相当于该等动物本身价值之三倍金额。”而且,在埋藏物发现取得中,如果明知何人为物主之情况下将发现物全部或部分据为己有,或对隐藏或埋藏发现物的所有权人隐瞒有关发现一事,则发现人不得和土地所有权人各分享埋藏物一半的价值(《葡萄牙民法典》第1324条、《澳门民法典》第1248条)。

第三,在承续罗马法传统的基础上,葡萄牙和澳门民法吸收了现代民法的先进经验,对添附物和加工物归属的确定上,根据添附人是否为善意来确定添附物的归属以及不同的责任。

在动产善意添附的情况下,两物不能分离,或两物虽可分离,但将导致其中某一部分受损时,则合成物或混合物归于拥有具较大价值的物的物主所有,但该物主须对另一物的物主作出损害赔偿或交付等值的物(《葡萄牙民法典》第1333条、《澳门民法典》第1252条)。如果动产添附人是恶意,且他人的物可在不受损之情况下被分离,则应将其返还物主,且该物主尚有权就所受的损害获得赔偿。然而,如他人的物非受损则不能分离,且其物主不愿意取得合成物或混合物及支付按不当得利规则计得之价额支付给附合或混合行为的人,则此人应向该物主返还其物的价额及作出损害赔偿(《葡萄牙民法典》第1334条、《澳门民法典》第1253条)。

在善意加工中,如果加工物不能回复原状,或必须失去因加工而产生的价值方能回复原状,则该加工物归加工人所有;然而,在后一种情况下,如因加工而产生的价值不超过原材料之价值,则材料之物主有权选择取得加工物或选择按如下规定要求赔偿。无论如何,取得加工物的人均应赔偿另一方归其所有的价值(《葡萄牙民法典》第1333条、《澳门民法典》第1252条);如果是恶意加工,则应将加工物按其所处的状况返还其物主,并对该物主作出损害赔偿;如因加工而增加的价值不超过原物价值的三分之一,则物主无须对加工人作出赔偿;如增加的价值超过三分之一,则物主应偿付超出该三分之一数值的价额。如被加工物的物主选择就其物的价额及其遭受的损害收取赔偿,而不欲取得该物,则加工人必须取得加工物(《葡萄牙民法典》第1337条、《澳门民法典》第1256条)。

善意在他人土地上建造建筑物,如果所造建筑物价值超过土地价值,善意建筑人可以向土地所有权人支付土地价款后取得建筑物所有权。如果善意建造人不愿意如此,采取如下规则:a)如所增加的价值等于或低于土地的原价值,则工作物归土地的主人所有,但该人有义务向作成工作物的人作出损害赔偿,其价额系按不当得利规则计算;b)如土地的主人就其土地与工作物之结合上存有过错,则上述的价额可按该过错之程度而被提高至有关工作物在结合时所具的价值(《葡萄牙民法典》第1340条、《澳门民法典》第1259条)。恶意在他人土地上作成工作物者,土地的主人有权要求作成工作物的人负担费用,将工作物拆除及恢复土地的原状,或有权选择通过支付按不当得利规则计得的价额而取得工作物(《葡萄牙民法典》第1341条、《澳门民法典》1260条)。

此外,针对以非属自己的材料在他人土地上作成的工作物和建筑物伸延至他人土地的情况,《葡萄牙民法典》第 1342 条和第 1343 条(即《澳门民法典》第 1261 条和第 1263 条)根据行为人的恶意和善意做了区别对待。根据这些条款,利用他人材料在他人土地上形成工作物,而且材料的所有权人没有过错,则土地所有权人取得该材料,但需向材料所有权人和结合行为的人赔偿他们受到的损失,但是,如果结合行为出于恶意,则该行为人对材料所有权人的赔偿负连带责任而且在该赔偿额超过有关工作物对土地带来的增值价值时,就有关差额向土地所有权人承担赔偿责任。

我国大陆民法中对土地建造添附物的归属的问题也给予了规定。《物权法》第 142 条规定:“建设用地使用权人建造的建筑物、构筑物及其附属设施的所有权属于建设用地使用权人,但有相反证据证明的除外。”但是该规定没有考虑建设物和土地添附的情况,更没有根据添附人是否为善意而给予区别对待,而是一刀切地进行规定,没有考察传统民法的不动产人工添附的情况,与葡萄牙和澳门特区民法的规定相比,科学性和合理性相去甚远。根据物权利害关系人的主观善意来设立物权制度和提供物权冲突的解决方案是现代物权制度设计的主导潮流,这样才可以真正实行对国家、集体和私人所有权给以平等保护,中国物权立法和研究者也应当如同葡萄牙和澳门特区民法制定者一样采取这样的思维。

## (二) 强化占有的法律保护

在大陆法系物权法的历史发展中,尽管有关所有权的占有、使用、收益和处分的四个权能的理论成型于中世纪,所有权制度一直占据核心地位。产生于罗马法中的私人所有权绝对理念一度统领各国物权制度。众所周知,在晚近的物权法发展中,所有权绝对已经让位于所有权的社会化,出现了所有权从归属到利用的历史趋势。我国大陆民法对此趋势早有觉察和研究,创设了用益物权和担保物权制度。但是,如上文所述,与法制发达国家和地区的法律相比较,我国物权制度中维护国家所有权至上的主导思想仍然非常顽固。现有的用益物权制度仅仅包括土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权和地役权,因土地为国家或者集体所有,因此用益物权制度大多是针对国家或者集体财产而设立,几乎没有建立以私人所有权为基础的用益物权,仅有涉及私人所有权利用的地役权,也由于在我国大陆采用征用征收制度的成本较低而且产生对私人所有权直接剥夺的效果,而被征用征收制度取代。在社会生活中,原本可以存在于不同私人所有人不动产之间的地役权也被相邻关系所取代。总之一句话,就私人所有权而言,所有权从归属到利用的现代化转型几乎还没有起步。私人所有权的保护,还只是停留在归属的确定上。改变这种现状的出路就是,仿效法制先进国家和地区的经验,淡化所有权归属,强化占有的保护,把物权制度的设计原点从所有权转移到占有。在这方面,葡萄牙和澳门特区民法给我们提供了非常丰富和成功的经验。

实际上,从物权理论上讲,从所有权归属认定到占有保护是任何一项法律制度可操作性的必然要求。所有权物权保护以所有权归属认定为基础,而所有权归属认定主要是所有权来源的证明问题。但是,从举证责任上讲,物的所有权主张者必须要证明其所有权来源正当在实际生活中经常是非常困难的,因为:如为生产制造、添附、先占等原始取得,在诉讼上是一个非常困难的问题,因为所有权主张者必须说明他如何在不侵犯他人所有权的前提下,取得原材料并制造这些物的,添附是如何发生、是先于其他人而占有无主物等;在非原始取得的情况下,现有所有权人不仅要证明其继受取得的所有权的正当性,在诉讼上还必须证明其作为上家的所有出让人的所有权取得也是正当的,直到最初的所有权取得人为止,而且最终

还须证明该物的最初原始取得人的所有权取得也是正当的。从实际操作而言,这种“魔鬼论证义务”是几乎没有人可以做到的。为此,由于诉讼举证巨大困难和所有权权源证明的不可操作性,所有权归属认定的问题转化为一个原则性的推定,即除非有相反证据(一般是发生在占有之前物已经登记所有权的情况下,如不动产和已经登记的动产等,或者依据证人或其他证据可以证明现有动产占有人非侵占原来属于他人的动产),占有人推定为该物所有权人。所谓的“在当事人均有同等权利的情况下,占有者处于较有利的地位”的法谚,说的也正是此理。自罗马古典法以来,大陆法系国家民法典均出于解决实际问题需要,采用占有作为所有权外象的观念,并且为了维护所有权稳定和清晰,又辅之以占有时效取得制度,将占有时效取得认定为原始取得,这样一来,占有取代最初的所有权归属认定在物权制度中占据核心地位,占有名副其实地成为了“所有权的表象”。〔8〕

在罗马私法发展史中,罗马法中的裁判官法对所有权的认定就是根据占有,而对市民法所有权的认定才是根据权源,准确地说,取决于是否采用法定的要式交易形式。通过采取占有取得时效制度,罗马法裁判官法对占有的保护取代了市民法所有权认定。〔9〕以法国民法典、德国民法典和意大利民法典为代表的现代各国民法典继承了这一罗马法传统,明确规定动产占有人推定为所有权人,因采用这一“动产占有人推定为所有人”的规则并且规定占有时效取得制度,占有作为“所有权的表象”自然而然地在大陆法系的现代所有权制度取得了最为核心的地位。

我国大陆对占有理论的研究欠缺深入,一味强调所有权保护。〔10〕在《物权法》的总则编中,立法者专门规定了第三章“物权保护”,规定了返还原物请求权,排除妨害请求权和损害赔偿请求权。但是,对占有保护几乎没有给予重视。《物权法》关于占有的规定仅有第241条到245条单薄的五条,而且放在物权法的除了附则以外的最后一章。这五条规定没有一条是关于占有有效力的规定,完全没有确立占有推定为所有的规则,对占有取得能力、占有取得和丧失没有任何规定。相反所规定的内容不仅空洞,而且缺乏科学性,经不起推敲,如,按照《物权法》第242条的规定,善意占有人因过错造成物损害的,不应承担赔偿责任;按照《物权法》第244条,即便因善意占有人故意或者重大过失造成物灭失,并且赔偿金或者保险金不足弥补权利人损失时,善意占有人也不应赔偿;按照《物权法》第243条规定,物的权利人不必向恶意占有人支付后者为维护物支付的必要费用。这些规定均明显有悖法理。尽管《物权法》第245条也规定了占有恢复请求权的除斥期间为一年,但是没有规定排除妨害占有保护请求权也为一年。特别值得一提的是,位于“物权保护”章节下的《物权法》第34条规定:“无权占有不动产或者动产的,权利人可以请求返还原物”。该条款明显反映出立法者没有考虑占有保护和所有权保护之不同,将二者混为一谈。正确的规定是否应当是:“无权占有不动产或者动产的,有权占有人可以要求恢复占有”。法理依据就是:权利人请求返还原物权是针对所有权归属提前的,而不直接针对占有人。此外,如果不区分占有保护

〔8〕 关于这方面的简要但是非常明晰的论述,参见 R. Sacco/R. Caterina, *Il possesso*, Milano, 2000, 5ss.

〔9〕 M. Kaser/R. Knetel, *Roemisches Privatrecht*, Verlag C. H. Beck, Muenchen, 2003, 167; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 488; 更为精彩和详尽的历史梳理,参见 L. Copogrossi Colognesi, *Nuovi orizzonti e antiche radici nel 'Recht des Besites' di F. C. Von Savigny*, in “Proprieta' e diritti reali”, Roma, 1999, 184ss.

〔10〕 近年有学者不断主张强化占有保护,如彭诚信:《占有的重新定性及其实际应用占有保护》,载《法律科学》2009年第2期;朱岩:《社会基础变迁与民法双重体系建构》,载《中国社会科学》2010年第6期。

和所有权保护,将《物权法》第 34 条和第 245 条结合起来考察,有可能会得出所有权人的原物返还请求权将在占有被侵夺一年后时效消灭的荒唐结论。

在司法实践中,由于没有确立“动产占有人推定为所有人”的基本占有保护原则,导致出现大量国家机关任意侵犯私权的案件。最明显的表现就是造成国家机关可以随意扣押私人财物,如果被扣押人不能出具其取得该物所有权的依据,将直接被认定为非法财产,甚至将其没收。2008 年上海发生的著名的杨佳袭警杀人案的起因就在于警察没有认识到“占有推定为所有”的法律规则的存在。<sup>[11]</sup> 目前,我国在立法上明确规定“动产占有人推定为所有人”尤为急迫。

《葡萄牙民法典》和《澳门民法典》区别所有权保护和占有保护,将物权保护的核心建立在占有保护之上,反映了现代物权法发展的时代潮流。《葡萄牙民法典》第三卷所有权(从第 1251 条至 1575 条)(《澳门民法典》第 1175 条到 1460 条),共 286 个条款,分为五编:分别为占有编、所有权编、用益权、使用权和居住权编、地上权编和地役权编。除了所有权编因规定一般规定、所有权取得方式、不动产所有权、共有和分层所有权而占用了 148 个条款外,就单个物权制度的规定而言,占有编占用了最大的篇幅,而且在《澳门民法典》所有权卷中,第一编规定了占有,达 51 个条款之多,共分为一般规定、占有性质、占有的取得和丧失、占有的效力、占有保护和占有时效取得等六章。葡萄牙和澳门民法典强化占有的保护反映在如下方面:

第一,旗帜鲜明地确立了占有者推定为所有权人的基本原则。《葡萄牙民法典》第 1268 条(《澳门民法典》第 1193 条)第 1 款规定:“推定占有人拥有本权,但由于存在有利于他人的推定并且该推定所依据的登记在占有开始之前已经完成者除外”。必须指出的是,占有人推定为所有人这一规则不论是动产还是不动产均适用,这主要是因为,葡萄牙和澳门特区民法典与《法国民法典》和《意大利民法典》一样采取物权变更合意主义,没有要求不动产的所有权变更必须以登记为生效要件。

第二,根据性质不同确定占有的效力。在占有物毁损、孳息取得、时效取得期间等方面,葡萄牙和澳门民法对恶意占有和善意占有的效力做了区别,上文对此已有论述。除了善意和恶意区分外,承续罗马法传统,澳门民法典还将占有性质分为有依据占有(即大陆民法所称有权占有)、和平占有和公然占有,它们的效力各不相同。有权占有推定为善意占有,而无权占有推定为恶意占有,强暴占有为恶意占有,无论是否有依据而占有(《葡萄牙民法典》第 1260 条,《澳门民法典》第 1184 条)。特别值得注意的是,有权占有的认定只从占有人取得本权的外在形式是否可以让人相信其取得本权来判断,不考虑本权转让实际上是否有效而且在证明责任上,要求有权占有人负有举证责任,有权占有不采用推定,而且如果有关依据在形式上存在瑕疵,不可以通过人证来证明(《葡萄牙民法典》第 1259 条,《澳门民法典》第 1183 条)。这一规定科学地继承了有权占有的认定的研究成果,适用有权占有的形式审查主义,非常清晰地解决了诉讼中有权占有的认定问题。罗马法传统中要求可以适用取得时效的占有必须为和平、持续、非容假和不隐瞒(即公然)。对于占有的持续性,《葡萄牙民法典》第 1257 条规定一人占有开始后,推定为持续占有,占有通过行使本权的行为持续而且

[11] 案件始末可参见:<http://www.chuanwen.com.cn/showRemark!showClew.action?remarkId=4615>,2011 年 10 月 1 日访问。

在可以持续的期间内推定持续(《澳门民法典》第 1181 条)。

第三,葡萄牙和澳门民法典规定了一系列完整的占有保护体系。承续来源于罗马法的裁判官占有保护令状制度,葡萄牙和澳门特区民法典系统规定了占有人可以享有的法律保护,占有人有权要求排除妨害和恐吓,并认定占有具有对世性,在占有被妨害或被侵夺时,占有人还可以要求赔偿恢复占有所付出的损失(《葡萄牙民法典》第 1284 条,《澳门民法典》第 1209 条)。此外,任何共同占有人可以就共同占有物受到的任何侵夺或者妨害提出占有保护之诉(《葡萄牙民法典》第 1286 条,《澳门民法典》第 1211 条)。

特别值得注意的是,继承了罗马法以来的物权保护体系,《澳门民法典》将占有保护和所有权保护作了区别。二者之间的主要区别在于:对排除占有妨害和恢复占有的诉讼法律规定了一年的除斥期间,但是,作为所有权人请求返还原物的请求权却没有诉讼时效限制,但不影响该物因为时效取得已经为他人时效取得(《葡萄牙民法典》第 1313 条,《澳门民法典》第 1237 条)。因此,作为所有权的占有人在归其所有的物被他人侵夺时,即便过了一年,也可以通过提起返还原物之诉恢复占有。但是诉讼只可以由所有权人提出,基于其他物权或者合同关系而占有物的人均不可以提出。对占有和所有权保护的区分规定,反映出澳门民法对所有权为最基本的物权形态及其圆满性和弹性效力的认可。换句话说,占有的保护在一般情况下足以救济物权权利人(大多数情况下,他们本身就是占有人),只有在占有保护诉讼期限超过的情况下,才有必要采用所有权保护机制,因为毕竟所有权的证明责任更为复杂和繁重。实践证明这种以占有保护为主,所有权保护为补充的物权保护制度较为经济有效。

第四,明确规定了占有取得时效。出于维护所有权稳定和清晰的考虑,和平、公开、持续性地占有一物到法定期限后,占有人可以取得该物所有权。取得时效与占有推定为所有的制度相配合,有效地保障了所有权的稳定状态和产权的清晰。葡萄牙和澳门民法还区分了占有和持有(《葡萄牙民法典》第 1253 条,《澳门民法典》第 1177 条)。<sup>[12]</sup> 尽管占有和持有的区别的必要性在学界一直备受质疑,以德国为代表的物权法完全抛弃了这种区分,而以直接占有和辅助占有取而代之,但是,占有和持有的区别作为传统民法理念一直存续在拉丁语系的民法中,最近流行的欧洲大陆理论更多地揭示持有与占有主要区别不在于缺乏心素这一内在的心理要素,而在于持有总是有权利依据而占有则未必如此。<sup>[13]</sup> 从效力上看,占有和持有的主要区别在于持有的时间不会计算在时效取得的期间范围内。而且,葡萄牙民法明确规定了持有可以转化为占有,即所谓的占有名义的转变,即他人对持有人对其权利提出反对时,持有转化为占有,而且第三人做出原则上可以使持有转化为占有的物权行为时,也会导致占有名义转变。而且,占有名义之转变是占有取得的方式之一(《葡萄牙民法典》第 1263 条,《澳门民法典》第 1187 条)。

第五,明确规定了占有取得的方式、占有取得能力以及占有丧失的原因。尽管交付是占

[12] 罗马法根据物的控制者是否有意图以物权(主要是所有权人)的受益人的身份对物实施控制(即占有心素),区别了占有和持有。持有者仅仅对物有实际控制,但是缺乏心素。澳门民法典不仅对持有和占有做了区别,认定缺乏心素的人为持有人(一般指承租人和质权占有人),而且明确规定单纯在权利人容忍下受益的人(即所谓的容假占有人),占有人的代理人或者委任人,一切以他人名义做出占有的人均为持有人(参见《澳门民法典》第 1177 条)。

[13] Salvatore Patti:《占有和持有,与心素无关》,载《物权:大陆法系的历史经验、现代发展和制度比较》国际会议论文集(2007年4月7-8日,上海华东政法大学)勘印版,第186页以下。

有的转移,但是我国大陆物权法律中,把现实交付、占有改定、简易交付、指示交付规定在动产交付方式中(《物权法》第25-27条),而不是规定在占有编中,为此而遗漏了象征交付这一不动产交付方式,反映出立法者没有考虑占有和交付的内在逻辑联系。相反,澳门特区民法典将此类所谓的动产交付方式与象征交付一并认为是占有的取得方式。此外,澳门特区民法典承认死因继承占有,并且规定如果由于继承或者继受取得物权而占有他人之物,本权的继受者可以将自己的占有和前手的占有合并(《葡萄牙民法典》第1256条,《澳门民法典》第1180条)。

另外,我国大陆物权法对占有能力没有任何规定,而葡萄牙民法却明确规定除先占取得外,任何形式占有取得均要求取得人有辨别能力。同时,我国大陆物权法没有规定所有权取得和丧失的原因,对占有丧失的原因就更没有考虑。

### (三) 物权变动模式应采合意主义

我国大陆民法借鉴了德国法的物权变动模式,实行不动产物权变动登记主义,动产物权变动交付主义。根据这一原则,不动产所有权登记将产生所有权变动的效果,而动产交付将产生物权变动效果。<sup>[14]</sup> 这种物权变动立法模式是大陆民法近十几年来几乎全面继受德国民法、我国台湾地区和日本民法的结果。这种物权变动模式的理论前提是著名的物权行为无因性理论,根据该理论,债权行为和物权行为应做区分,作为基础的债权行为无效不会影响到已经完成的物权行为的无效。根据我国大陆学界的一般认识,债权行为和物权行为的区分,不仅反映在《物权法》第9条和《民法通则》第72条,还突出反映在《物权法》第15条,该条款规定:“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同,除法律另有规定或者合同另有约定外,自合同成立时生效;未办理物权登记的,不影响合同效力。”

从民法理论考察,毫无疑问存在债权行为和物权行为的区别,前者主要表现为合同,后者主要表现为交付和登记。在罗马法古典法时期,物权变动的一般规则是除了交易双方的合意和合法有效的交易目的(被称为交易原因)之外,还需要有所有权的出让人交付物(针对于裁判官所有权转让)或者进行要式行为(针对于要式物的市民法所有权转让)。<sup>[15]</sup> 在后古典法时期,由于要式物和略式物区别的消失,要式买卖和拟诉弃权方式的式微,出现了完全仅仅依据合意就可以转让所有权的物权合意主义。优士丁尼皇帝废除了合意主义而采用了古典法的理论。<sup>[16]</sup> 中世纪法说将前者表述为物权取得方式,后者表述为物权取得基础,二者同时有效存在才可以造成物权变动。在大陆法系民法发展史中,逐渐形成了三种不同的物权变动模式:<sup>[17]</sup> 第一类是奥地利模式:物权变动需要合意、合法原因以及物的交付(《奥地利民法典》第425条、第426条、第380条)。它将物权的取得基础理解为当事人的有效合意和交易的合法原因(即合法的合同、死因处分、判决等)。目前采用此类物权变动

[14] 必须注意的是,根据《物权法》第28条到30条的规定,在少数例外情况下,不适用该物权变动规则。主要是涉及以下三类情形:根据判决或仲裁,征收决定发生的物权变动;因继承或遗赠发生物权变动和因合法建造、拆除房屋等事实行为发生的物权变动。继承或遗赠是单方法律行为,而判决或仲裁,征收决定在学理上被认为是法律行为的特殊形式,因此,在非常小的范围内,即简易交付、占有改定、指示交付(《物权法》第25条,第26条和第27条)作为特例,《物权法》也认可当事人可以直接根据法律行为,无需类似交付或者登记的外在表现,来实现物权的转移。

[15] 关于罗马法物权变动有因性论述,参见 Jahr, Zur iusta causa traditionis, in ZSS, vol. 80, 1963, 141ss.; M. Kaser, Das Roemische Privatrecht, I, 1975, 416ss.

[16] 关于罗马法物权变动规则的论述,参见 Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht, Muenchen, 2005, 122 ss.

[17] 参见 P. G. Monateri, Causalita' e astrattezza del contratto, in Altante di diritto privato comparato (F. Galagano 主编), Bologna, 2010, 84ss.

模式有瑞士、荷兰、西班牙、日本、拉丁美洲大多数国家。第二类是法国模式：它要求物权变动只需要当事人合意和合法的交易的原因（《法国民法典》第 1138 条）。在法国法中，由于采用合同原因学说，合法的交易的原因被隐含在合同概念中，因为是否存在有效的原因将决定当事人合意是否有效。因此，从法条表面上看，法国法中规定的物权变动的原因只有一个，即，当事人之间合法有效的合意。换句话说，仅仅根据有效的合意就可以造成物权变动，合同可以直接产生物权变动效果。合意无效自然导致物权变动无效。但是实际上，在法国，由于把合同原因作为合同有效的构成要件，因合意引发物权变动还必须要求有有效的合同原因。除法国外，意大利、葡萄牙和拉丁美洲大多数国家均采用此物权变动模式。需强调的是，物权变动合意主义是以交易物的特定化为前提的，只涉及特定化的物，而物的特定化行为本身就是当事人意思合意的结果。这个理念在同样也采用物权变动合意主要的英美法中表现得尤为突出。英美法在动产交易也采用物权合意主义，特别强调了物一经特定化就可以造成所有权转移，除非存在当事人另有约定，或者出卖人除了将物特定化外还需采取其他行为才可以使物处于可以交付的状态，或者采用特殊交易形式（如试用或者船运等）等特殊情况下。<sup>[18]</sup> 第三类是德国模式。合同只产生债权效果，物权变动是物权行为的直接效果。所谓物权行为时当事人之间就物权变动另行达成合意并完成物的交付（或者登记）的行为。而且，更为重要的是，依据物权行为发生物权变动后，即便合同等债权行为无效，已经发生的物权变动的效果不受影响。采用德国模式的国家主要有德国、巴西、希腊、爱沙尼亚、拉脱维亚等。三种物权变动模式中，前两种均采用物权有因性，只有最后一种采物权无因性。

物权变动无因性原则是在 19 世纪中叶以萨维尼为首的德国潘德克顿学派所创造。该理论的产生来源于萨维尼对罗马法的“创造性”理解。<sup>[19]</sup> 具体表现在两个方面：一方面，他把导致所有权不可逆转发生的转移的要式行为（铜秤式交易），从作为物权变动基础的交易合同独立出来，将其认定为物权变动的唯一法律基础而无需考虑当事人对交易基础的合意是否有效，从而把罗马法中的铜秤式交易的物权变动合意独立于买卖本身；另一方面，交付物的行为在罗马法中原本只是表现为债务人根据合同而需完成的义务，从债权人角度看即是其取得物的正当原因。但是，萨维尼创设性地把交付行为从作为其基础的合同中独立出来理解为独立的物权合意，即物权行为，并且认为仅仅因此交付行为就可以导致债权人取得物权，无需考虑作为基础的交易合同的效力。<sup>[20]</sup> 需要特别强调的是，与法国法和奥地利法不同，德国法中，判断合同是否有效只考虑当事人合意是否有效而不考虑当事人交易基础（按照通说，是指当事人交易追求的目的）是否有效。从理论上讲，正是因为德国合同法奉行纯粹的合同合意主义，采用合同无因理论，所以，德国有必要采用物权无因性原则。在我国大陆，鲜有学者捕捉到德国法中纯粹的合同合意主义和物权无因性之间这一逻辑联系。

[18] 《美国统一商法典》第 2-401 条及其官方评注；《美国统一买卖法》第 19 条第 1 款至第 4 款，同时参见 B. Stone, *Uniform Commercial Code*, West Publishing, 2008, 43；《英国统一买卖法》第 17 条。

[19] 有关萨维尼物权无因性理论产生的论述，参见 Felegentrager, *Friedrich Carl Von Savignys Einfluss auf die übereignungslehre*, Leipzig, 1927。

[20] 类似的观点，参见唐晓晴：《意思主义在民法上的扩张——略论澳门所有权转移制度的继受轨迹》，载《一国两制研究》，第 9 期。

在我国大陆,尽管许多学者主张物权无因理论而且立法者是否采纳该理论也不甚清晰,大多数学者还是认为中国物权变动采取的是奥地利模式,<sup>[21]</sup>但最近几年来,受德国法影响,学界不断有学者在法理上论证中国目前的物权变动模式实际上是德国的物权变动模式。<sup>[22]</sup>中国物权法司法实践中法官没有采用该理论,在作为交易基础的买卖合同无效时,法官均判决恢复原状。大陆法系采用物权行为无因性理论的国家目前为止只有德国、希腊、巴西等少数国家和地区,绝大多数大陆法系国家均继承了罗马法传统,采用物权有因性原则。

实际上,从大陆法系传统民法理论上,除非在采用票据、要式买卖等抽象性法律行为进行交易的情况下,交付和登记应被认为是债权合同规定的债务需履行义务,如果作为交付和登记基础的买卖合同无效,那么,债权人所获得的对动产的取得或对不动产的名义上登记的所有权均没有法律基础,属于无权取得或者无法律依据的登记。合同无效的法律后果是恢复原状,因此,债务人作为交易物的所有权人应有权要求债务人不当得利返还,以所有人的身份要求原物返还,撤销债权人对物的无权取得或没有法律依据的登记。民法物权变动原则上为有因,物权变动无因是例外,这应是一个较为妥当的处理方式

葡萄牙民法和澳门地区民法不采用物权无因性主要原因是其采用了物权合意主义变动规则,明确规定了基于合同当事人的合意就发生物权变动,因此,作为交易基础并且导致物权变动的合意无效将自然导致发生的物权变动无效,不存在一个独立于债权合意的、内容专为促成物权变动的物权合意(即物权行为)。尽管葡萄牙民法和澳门特区民法中有采用导致物权效力的行为和导致债权效力的行为的分类,但是,导致物权效力的行为不等同于德国法所说的物权行为。

具体而言,根据葡萄牙民法和澳门特区民法典的规定,除非当事人另有约定或者法律另有规定,交易物经当事人意思表示特定化的时刻为物权转移给受让人的时刻;如果交易物涉及的是将来之物或者不特定物,物权由出让人取得的时刻或者当事人双方获悉该物已经确定时,物权转让给受让人(《葡萄牙民法典》第 408 条,《澳门民法典》第 402 条)。葡萄牙民法和澳门特区民法典规定了不适用物权变动合意主义的例外情形。这些例外主要表现在以下几种情况:第一,当事人约定了所有权保留。此时,出让人在对方当事人履行完全或者部分义务,或者出现其他事项时,可以为自己保留出让物的使用权,但是如果所涉及的交易是不动产或者需登记之动产,此类所有权保留的约定不得对抗善意第三人(《葡萄牙民法典》第 408 条,《澳门民法典》第 403 条);第二,在消费借贷合同中,因其以交付物为合同的成立要件,物的所有权自交付时转移(《葡萄牙民法典》第 1144 条,《澳门民法典》第 1071 条);第三,加工承揽合同中,适用因加工添附发生所有权转移的规则(《葡萄牙民法典》第 1212 条,《澳门民法典》1138 条);第四,交易中所涉及的天然孳息、物之本质构成部分或者非本质构成部分,仅在收获或者分离时才发生转移(《葡萄牙民法典》第 408 条,《澳门民法典》第 402 条)。此外,证券化的物权交易(如提单等票据行为),出于保护交易安全的需要,其在法理上被认为是无因行为,也不适用物权变动合意主义。

[21] 梁慧星、陈华彬:《物权法》(第 4 版),法律出版社 2007 年版,第 85 页;王利明:《物权法研究》上卷,中国人民大学出版社 2007 年版,第 273 页。

[22] 葛云松:《物权行为:传说中的不死鸟——〈物权法〉上的物权变动模式研究》,载《华东政法大学学报》2007 年第 6 期;田士永:《〈物权法〉中物权行为理论之辨析》,载《法学》2008 年第 12 期;朱庆育:《法典理性与民法总则:以我国大陆民法典编纂为思考对象》,载《中外法学》2010 年第 4 期。

我国目前采取的动产交付主义和不动产登记主义物权变动规则,主要受德国法的影响,表面上看,有利于体现物权的公示原则和保护交易安全,但实际上,这一规则的适用存在很大的制度性缺陷,这些缺陷主要表现在如下几个方面:

第一,动产交付主义和不动产登记主义物权变动规则限制契约自由原则,而在当今中国恰恰需要对更多私人自由意志的保护和扩展。意思自治,特别是其所包含的契约自由,是现代民法基本原则。尽管在 20 世纪出现了私法社会化的历史潮流,出现了对私人意思自由的限制,但是,意思自治原则应当而且仍然是当今社会民法的基本原则。为满足农业社会中保护集体利益的要求和实现国家对个人意志的监控,古典法时期的罗马法中没有奉行意思自治原则,故而为实现物权变动,除了要求当事人的合意之外还要求交付或者采取要式行为。受自然法思潮的影响,<sup>[23]</sup> 作为法国大革命的产物的《法国民法典》,彻底奉行意思自治原则,高度尊重个人的自由意思,规定仅仅以当事人合意就可以发生物权变动,除非其交易目的(即原因)非法。合意合同不仅产生债法效果而且发生物权变动效果。意大利、葡萄牙民法均采取了这一高度尊重意思自治的立场。<sup>[24]</sup> 奥地利、德国和瑞士等国由于历史上国家中心主义思想的影响,加上受工业社会对私法限制的要求,立法者欲对社会成员的交易行为进行监控,加大干预市民社会,侵入公民个人意志的自由空间。这些国家采取了动产交付主义和不动产登记主义物权变动规则,使得物权变动具有可以为除交易人之外的第三人感知的外观,以便于统治者更易于察觉公民之间原本可以保持私密的产权交易,加强对个人自由的干预。<sup>[25]</sup> 相比于物权变动效果的发生只要求有交付或登记行为的德国模式,奥地利和瑞士等国采取了比较传统(遵循罗马法的)做法,即只有在合法有效的交易基础上,当事人有效达成合意而且交付或登记后才可以发生物权变动。可以说,采用何种物权变动模式取决于立法者欲在多大程度上限制私人的意思自治空间,取决于不同历史发展时期的社会经济需求和意识形态。

与西方国家加大对个人自由的约束的趋势不同,我国从计划经济转向市场经济,私法自治的理念还比较淡薄,更需要的是对私人意志的尊重和维护。从这个角度上看,在当前的历史时期,采取法国、意大利的合意主义作为物权变动原则,似乎不应当看成是种错误的选择。登记行为应认为只可对抗善意第三人而不是物权变动的必要要件似乎更符合对当事人自由意思的尊重。实际上,在我国立法和实践中,土地承包经营权、地役权、有限责任公司股权的转让均已经采用了合意主义的物权变动模式(《物权法》第 127 条,第 158 条和《公司法》第 33 条第 2 款),在登记机关登记只会产生对抗善意第三人的效力。

当然,物权合意主义原则不是没有缺陷的,它不能适用的例外情况也应当有所考虑。从法经济学的角度考虑,立法者所选择的物权变动模式应该最小化其社会成本,并最大化其社会整体利益,即应符合追求财富最大化原则。<sup>[26]</sup> 在我国实行社会主义市场经济的现有情况

[23] 自然法学的主要倡导者均主张物权变动合意主义,特别是格老秀斯和普芬道夫,参见:Grotius, *De iure nature et gentium*, II, 1625, 12 & 15; *De iure belli ac pacis*, livro II, cap. VI, § 1, & Cap. III, § 25; Puffendorf, *Livro IV, Cap. IX, § 6*。

[24] 葡萄牙法中关于物权合意主义的精辟论述,参见:Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, vol. III, *Contratos em Especial*, Coimbra, 2005, 20 ss。

[25] 参见 F. Wieacker, *Pandektwissenschaft und industrielle Revolution*, in *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt Main, 1974 年,第 55 页以下,特别是第 66 页关于德国法物权变动模式的论述。该文实际发表时间为 1966 年。

[26] R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Beijing, Citic Publishing House, 2003。

下,对市场交易者的意思的尊重,多运用市场这一无形之手调控经济,应该是实现社会财富最大化的调控手段。为此,采取和保护物权变动意思主义,从原则上讲,应当是符合现行中国经济发展的需要的。<sup>[27]</sup>

第二,动产交付主义和不动产登记主义物权变动规则阻碍了财产的迅速和有效的流通,加大交易环节和交易成本,增大了交易风险。乍看起来,交付主义或登记主义比合意主义更为简单和安全,但实际上,却是恰恰相反,在以对同一交易物进行多次转手买卖的商业领域,显然,采用动产交付主义和不动产登记主义,由于交付和登记无端造成交易环节增加。<sup>[28]</sup>

采用合意主义物权变动模式,即便物仍然处在原地,其所有权可在短时间内多次易手,可以迅速促进物的流通。而在动产交付主义和不动产登记主义物权变动规则情况下,要达到同样目的,只能采用转让合同项下的物权凭证(如提单)或者直接转让买卖合同的做法。而物权证券化的实现需要相应的票据、证券制度相配合,其制度成本显然较采取合意主义物权变动模式较高。在通过转让买卖合同欲实现合同项下的物权转让时,由于受交付主义和登记主义影响,出让人往往在出卖物时尚未获得物的所有权(应为交易物还没有交付或者登记过户给他),受让人根本不可能取得现实的所有权。实际上,在绝大多数情况下,此类买卖合同的转让涉及未来物的买卖,其风险毫无疑问较现实物买卖更大。有人会提出在采用动产交付变动模式时,为解决这一问题,可采用指示交付的方式来完成连环交易。但是,如上文所说,我国《物权法》将交付作为物权转移的方式,而不是占有转移的方式,指示交付只有在交付人已经取得动产物权后,只不过该物尚未被他人占有时,才可以采用,<sup>[29]</sup>因此,在司法实践中,指示交付在连环交易中是不允许被采用的。<sup>[30]</sup> 连环买卖如果涉及的是同一不动产,如采用登记主义,交易成本(主要是登记过户费用及其所花费的时间)显然要增加很多,而且指示交付无法采用(因其只适用于动产物权变动)。在采用不动产登记生效主义物权变动模式的国家,除非将不动产证券化,否则可能根本无法针对不动产进行连环交易,无端增加大量交易成本。

第三,在不动产只有经登记才可以发生变动的情况下,会造成许多明显的不公正现象,而采取物权变动合意主义可以避免和解决这些问题。在实践中,采取不动产所有权变动登记主义制度产生的问题主要集中表现在两方面:

一是,在不动产一物二卖的情况下,出现不公正的物权变动结果。具体表现如下:买卖

[27] 在日益重要的知识产权交易中,我国大陆还规定了商标、专利等工业产权的转让合同必须要由知识产权主管部门批准后才产生所有权变动的效果。中国当代法制史中影响最大的国际投资案件“达能诉娃哈哈”案以中方胜诉,归根结底就是适用这种登记才可以导致知识产权所有权转移的规则所致。有关该案的分析,参见:何跃飞、刘羽平:《商标法视角下的“达娃之争”》,载《法制与社会》2011年第2期。如果该案件的判决结果沉重打击了海外投资者对华投资的信心,导致对华投资剧减,从而影响中国经济的健康发展的话,那么,从法经济学角度考察,采用知识产权所有权变动登记主义规则就是不妥当的。关于“达能诉娃哈哈”案始末,参见:<http://finance.qq.com/zt/2007/wahaha/>,2011年11月1日最后访问。

[28] 在德国民法典制定中,在谈到占有改定时,第二届编撰委员会就曾明确指出认可一个独立于债权合同的、内容为转让物权的合意,“对交易活动的进行产生没有益处,没有实际价值的影响”(见关于《德国民法典》第二稿第847条的评论)。见F. Wieacker, *Pandektwissenschaft und industrielle Revolution*, in *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt Main, 1974年,第66页,特别是第77页的注释37。

[29] 《物权法》第26条:“动产物权设立和转让前,第三人依法占有该动产的,负有交付义务的人可以通过转让请求第三人返还原物的权利代替交付。”

[30] 参见上海市闸北区法院(2008)闸民二(商)初字第620号判决和上海市第二中级人民法院(2009)沪二中民四(商)终字第643号判决。

合同签订后,如果卖家将同一房产卖给数人而且所有买卖合同均有效时,会出现四类不同的买受人:第一类买受人最先签订合同,较迟付清房款,没有住进房屋,也没有将房屋登记过户;第二类买受人较后订立合同,最先付清房款,没有住进房屋,也没有将房屋登记过户;第三类买受人较后订立合同,较迟付清房款,但住进了房屋,没有将房屋登记过户;第四类买受人较后订立合同,较迟付清房款,没有住进房屋,但是已经将房屋登记过户。

在现有我国物权制度中,由于采用不动产所有权以登记为要件,因此,已经完成房产登记过户的人,即使没有交清房款,也没有住进房屋(或取得钥匙),有权将已经支付价款并且居住在房屋内的人驱逐。目前实践中经常发生,公民住进房屋多年后,由于没有办理房产登记手续(也可能是由于房产开发商的原因),房屋被房地产开发商高价转让过户给他人,最后取得所有权的买受人居然有权驱逐已经在房屋内居住(甚至居住多年)的人。这种结果受中国物权法的有力保护,但是这和中国人讲究诚信的传统思维完全相悖,按中国人的良心理念,在绝大多数人看来,说话不算数的卖方反而得到法律保护,这明显是不公正的结果。这样的制度明显违反了中国人的民法感情,造成很大的社会矛盾。

在买受人都没有进行登记取得房产所有权的情况下,学者的观点不同,法院判决结果也不同。有人认为,出于保护占有人的目的,应让已经取得房屋占有的人优先取得所有权,有人认为出于卖方出卖房屋是获取钱款的目的,应将所有权判给已经支付钱款的人,有人认为出于维护合同应当遵守的原则,在后面的买受人由于知情或应当知情第一买受人已经订立了合同的情况下,又订立合同,侵犯了第一买受人的债权,应支持第一个订立合同的人取得所有权。<sup>[31]</sup> 目前对此也没有统一的司法解释。实际上,最高法院在2005年6月18日颁布的《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第10条,就同一土地使用权被多重转让的情况下,提出了先保护权利登记者,随后,保护有权占有者,再其次保护先支付款项者,最后根据合同订立的顺序,保护最先订立合同的当事人。其法理依据是:由于实行不动产所有权转让登记要件主义,所以为保护所有权稳定,需保护经登记取得所有权的人;没有人登记时,占有人的利益是受物权法保护的利益,应优先于根据债权法应保护的先付款人的利益;没有人已经登记也没有人已经占有物的情况下,为防止积极侵害债权,应先保护先订立合同的人。这一法理依据看似合理,实际上是立法者的主观臆断,因为:未必占有人的利益就较所有权人利益更不重要,实际上,从社会经济成本和效率优化原则考虑,以及考虑到所有权的利用较归属更为重要,占有人的利益更应当受到保护。试想,让已经住进房屋的人搬出房屋,不仅造成已付出的装修费用,家居布置费用的损失,给他和家人带来生活和工作上的不便利,而且由于中国特有的户籍制度和学区房制度,造成小孩上学,老人就医等方面巨大的非财产性损失等等。同时也未必占有人的利益较已经支付钱款的人的利益更重要,因为如果占有人利益优先于已经支付价款的债权人利益得到保护,意味着对遵循诚信的债权的打击,对社会诚信制度造成更大的破坏。而当今中国社会最重要的问题之一就是诚信的缺乏,诚信体系的建立是中国法律制度应当追求的核心目标之一。另外,也未必已经支付钱款的人的利益就应当优先于先订立合同但还没有支付钱款的人的利益得到保护,因为这种做法也是对社会诚信体系的建立产生负面作用,鼓励不讲诚信的人。讲诚信是民事活动的基石,是中国目前社会最重要和最急迫确立的价值观。促成“一诺千金”的

[31] 吴一鸣:《论“单纯知情”对双重买卖效力之影响—物上权利之对抗力来源》,载《法律科学》2010年第2期。

诚信价值观的建立是我国立法者首要考虑的问题,在物权变动模式上我国理当采用物权合意主义,而不是因德国法理论体系的严密而盲目仿效德国法。

二是,卖方不配合因请求权超过诉讼时效房屋无法过户。由于各种原因(可能是买受人也可能是出卖人的原因,甚至不可归责于任何一方的原因),买受人没有及时办理登记过户手续。在买卖合同订立后超过两年后,即便其取得对房屋的占有并且支付了全部房价,买受人要求出卖人配合办理不动产登记手续,而出卖人拒不配合,此时,由于诉讼时效期限已经超过两年,买受方无法请求办理登记过户,最终无法取得不动产所有权的尴尬局面。这种状况在我国大陆时有发生。许多法院都以时效过期为由,判决买受方无法强制出卖人办理登记过户手续,最终造成,尽管买受人支付了所有的价款并且在房屋内生活多年,由于在一段时间内没有申请办理房屋过户手续而导致无法取得房屋所有权的情况。<sup>[32]</sup> 这种情况的出现,显然是不公正的,清楚地反映出中国目前的不动产所有权登记主义的物权变动制度在实践中出现了不可弥补的制度性缺陷。

对处理上述两个问题,葡萄牙民法和澳门特区民法处理不动产权物交易的模式非常值得中国物权制度借鉴,特别是通过采取物权变动合意主义,不动产交易采用强制公证方式,而且将相关交易合同分为预约合同和最终买卖合同两个阶段的做法,可以有效避免和解决上述两个问题。

如同法国、意大利等传统大陆法系国家的民法典所采取的不动产交易模式一样,在葡萄牙,因采用合意主义物权变动规则,除非法律另有规定或者当事人另有约定,最先签订合同的人取得房产所有权,是否登记不会影响其已经取得的所有权。不动产登记分取得依据之登记和单纯占有登记,前者是指根据法律规定的方式和程序取得不动产权后,不动产权利人在不动产登记簿上将已经取得的所有权登记在案。取得依据的登记对已经转让的不动产所有权产生确权效力,证明其所有权合法,而且通过该登记,为所有权人以后将该不动产转让提供了合法依据。单纯占有登记只是对不动产占有的范围和期限的登记,一般是在所有权人授权下进行的,不可以对抗不动产所有权登记。这两类不同的登记适用两类不同的取得时效期间(《葡萄牙民法典》第 1294 条和第 1295 条,《澳门民法典》第 1219 条和第 1220 条)。根据《葡萄牙不动产登记法》第 4 条和《葡萄牙民法典》第 687 条(《澳门民法典》第 683 条)的规定,不动产登记的效力主要在于确权,即不动产权一经登记,当事人及其继承人不得就已经登记的物权变动主张无效,但是不动产抵押权除外,不动产抵押实现登记要件主义,不动产抵押权没有登记将不产生效力。<sup>[33]</sup> 换句话说,除非涉及不动产抵押,物权受让人根据买卖合同而无需登记就可以取得物权,并根据买卖合同以物权人的身份取得对不动产的占有。<sup>[34]</sup> 通过采用物权变动合意主义,即先订立合同者取得物权,可以保证物的占有

[32] 吴一鸣:《超过诉讼时效的房屋登记问题研究》, [http://www.shfg.gov.cn/fgdoc/kjqkxb/200911/t20091127\\_337960.html](http://www.shfg.gov.cn/fgdoc/kjqkxb/200911/t20091127_337960.html), 2012 年 1 月 11 日最后访问。目前,我国大陆学者的解决方案大体为两类,一是将房屋登记过户设定为买卖合同的次要义务,不受诉讼时效限制,另一类主张为设立例外规则,将房屋买卖场合的登记请求权排除于诉讼时效的适用范围。这些想法,从民法理论上讲,均缺乏有力的法理基础。

[33] 需特别指出的是,葡萄牙《不动产登记法》第 2 条明确规定,葡萄牙的物权登记的对象只是法律事实,不涉及权利,而且,葡萄牙民法学者均将物权登记的效力归纳为确权效力、登记生效效力(仅仅限于不动产抵押)和公示效力。J. A. C. Vieira, *Direitos reais*, Coimbra editora, 2008, 259ss; A. Menezes Cordeiro, *Direitos reais-Sumarios*, Lisboa, 2000, 95; J. O. Ascensão, *Dereitos civil-reais*, Coimbra, 2000, 372 ss.

[34] J. A. C. Vieira, *Direitos reais*, Coimbra editora, 2008, 261.

和使用归属明确,而且更重要的是,让民事主体遵守其诺言,有利于建立健康的社会诚信体系。

不动产价值巨大,从法律上保证相关的买卖合同是否有效不仅对当事人意义重大,而且影响诸多利害关系人。对不动产买卖行为的合法性调查技术性强,因此,世界上绝大多数国家法律强制要求不动产交易必须采取公证方式(1995年《葡萄牙公证员法》第80条)。采用公证方式会增加交易成本,但是可以保证交易结果的稳定,实现当事人欲追求的合法效果,防止欺诈,保证社会经济的稳定。

特别重要的是,与法国和意大利一样,葡萄牙和澳门特区民法将不动产买卖合同分为预约合同和最终买卖合同两个阶段。<sup>[35]</sup> 在预约合同阶段,买卖双方只是在公证员面前约定双方应在约定的时间到该公证员面前订立最终买卖合同,并约定买方应支付的价款及付款日期,卖方交付房屋的日期,交付方式和交付时房屋应有的状态。通常情况下,买方需支付部分价款。预约合同不是最终买卖合同,因此它的签订不会产生不动产所有权转移的结果,但是会产生债法上的义务,违约一方应承担赔偿责任。签订预约合同后,律师或者公证员会查证不动产的法律状况(特别是抵押状况)。随后,按照预约合同约定的时间和地点,在买方验收房屋后,卖方将房屋交付给买方(一般是交房屋钥匙)而买方将钱交给卖方(一般通过支票支付或者直接将钱款汇到公证员指定账户,然后由公证员转交给卖方),同时在公证员面前双方签署最终买卖合同。买卖双方一旦在最终合同上签字,所有权就立即发生转移。这样,买卖合同订立、价款支付和房屋钥匙交付几乎同时进行。<sup>[36]</sup> 订立最终买卖合同后,使用权就发生转移,这样可以杜绝交钱却得不到房或者取得了房屋后又不能全额支付房款的情况出现,避免出现我国经常存在的交了房款或者取得房产占有后最终得不到房产所有权的情况,保护诚信的民事主体。在不动产买卖合同订立后,由于实行物权合意主义,不仅不动产所有权实际上已经在签订最终买卖合同时转让给了买受方,而且公证员负有将已经订立的最终合同登记在不动产登记簿中的义务,如果违反该义务,公证员以其职业强制保险对造成的损失承担赔偿责任。公证员此时进行的不动产权利登记只是确权登记和对抗第三人的登记,其主要效果有四:一是为买受人以后转让房屋提供法律依据;二是为在该不动产上新设立物权负担提供法律依据(如设立抵押);三是会产生有利于实行登记的买受人占有时效期间;四是会产生对抗善意第三人的法律效果。如果公证员不登记,最终造成买方损失,由公证员承担赔偿责任(因实行公证员职业保险,该赔偿责任可以由保险机构承担),这样就不会出现超过诉讼时效房屋无法登记过户的情况,而且更不可能出现我国大陆因采取不动产所有权登记主义而导致因时效期限过后、即使买了房住了房但永远得不到房屋所有权的荒唐情况。

综上所述,仿效葡萄牙和澳门特区物权制度的设计,采用物权变动合意主义,将不动产买卖分为预约合同和最终买卖合同两个阶段,强制当事人在公证员面前订立合同是解决这

[35] 关于葡萄牙不动产交易中采用预约合同和最终买卖合同介绍,参见葡萄牙不动产登记和公证机构的官方网站 <http://www.irn.mj.pt/IRN/sections/inicio>, 2011年12月12日访问。关于澳门不动产交易预约合同和最终合同的关系的法律分析,参见:唐晓晴:《预约合同法律制度研究》,澳门大学法学院,2004年勘印本。

[36] 经过公证的法律行为在葡萄牙和澳门将产生执行效力。如果预约合同签订后,任何一方违约不签订最终买卖合同,对方当事人均可要求启动督促程序法院强制履行,只不过是仅仅依照预约合同还不能产生房产所有权转移的效果。见 J. G. Marques, *Direito do notariado*, 载于 *Repertorio do Direito de Macau* (葡文版), 澳门大学出版社, 2007年, 第338页以下。

两个目前我国大陆物权变动出现的棘手问题的有效手段。<sup>[37]</sup>

### 三 结 语

中国物权制度的现代化不仅需要适应现代社会的新形势和中国的国情,更需要科学的理论为指导。科学的理论不是一夜之间诞生的,是长期的理论研究和历史实践形成的。从罗马法以来形成的大陆法系传统物权理论仍然是现代物权制度建立的理论基础,这些理论在葡萄牙民法中得到了充分贯彻和维护,也应当是中国物权制度进一步完善的重要参考之一。葡萄牙民法所采取的根据物权行为人主观善意来设计物权保护的立法理念,注重所有权保护和占有保护并侧重于占有保护的做法和合意主义物权变动模式,深值我国物权立法和理论研究者的重视和学习。葡萄牙和澳门特区民法典科学完善的物权制度及其相应的实践经验为我国大陆物权制度的完善提供了丰富的素材。从某种意义上讲,中国物权立法者和理论研究者不用每每费尽艰辛到欧洲大陆,就可以在澳门特区学习到科学的大陆法系传统民法。澳门特区法律是、而且应当成为我国大陆为实现法律现代化而吸收大陆法成功经验并加以利用的最有效的对外交流的平台和窗口。

---

---

[Abstract] Civil laws of Portugal and Macao Special Administrative Region are of unique and important practical and theoretical value to the modernization of civil system of the mainland because they can be used for experiment in reality. The most crucial and pressing task of civil legislation in China is to establish and protect the value of good faith. Drawing the successful experiences from Portugal and Macao, the approach of the design of the system of real right in China should shift from taking the attribution of ownership as the main consideration to the consideration as whether the party is in good faith subjectively; weaken the role played by the attribution of ownership while strengthen the legal protection of possession; and pursue the principle of consensualism and tradition as an exception, with the registration producing only the effect of change of real right against a third party with good faith. In a transaction of real estate, it should be divided into two stages: preliminary agreement and the final sale contract. Moreover, the transaction should be guided by a notary. Only thus, can a system of change of real right over real estate be established successfully with the very focus placed on the protection of good faith.

---

---

(责任编辑:春 晓)

---

[37] 实际上,在不动产物权变动中,不仅是采用物权变动合意主义的葡萄牙,法国、意大利等采用预售合同和最终合同的交易方式,而且在采用物权无因性的国家(如德国)也采用类似制度。英美法国家在不动产交易中将不动产买卖合同和不动产所有权转让合同分离也是这种制度的反映,参见: H. Hovenkamp/S. F. Kurtz, *The Law of Property*, West Publishing, 2001, 552 页以下; R. A. Cunningham/W. B. Stoebuck/D. A. Whitman, *The Law of Property*, West Publishing, 1993, 759 页以下。鉴于发达国家在不动产交易制度中的这一共同成功经验,我国未来的不动产物权交易中,采取在公证员介入的情况下订立预售合同和最终买卖合同两个阶段应是历史的必然和明智的选择。